

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le statut probatoire de la photocopie

Mougenot, Dominique

Published in:

Revue générale de droit civil belge

Publication date:

2007

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2007, 'Le statut probatoire de la photocopie: nuageux avec éclaircies', *Revue générale de droit civil belge*, VOL. 8, p. 470-475.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

lants n'affirment pas que le texte aurait été rédigé par Monsieur J.-M.M. mais uniquement qu'il a été signé par lui, proposant que "*si un doute devait subsister quant à la signature apposée sur l'acte au nom de feu J.-M.M., il y aura lieu d'ordonner la vérification d'écriture (...)*".

L'hypothèse d'une falsification ne peut donc être écartée. Ainsi, le document pourrait avoir été rédigé par une autre personne que Monsieur J.-M.M. et la signature de Monsieur J.-M.M. pourrait être sa véritable signature apposée sur tout autre document car il est possible de fabriquer un document par le jeu d'un montage de deux documents, ou partie de documents originaux différents réunis entre eux par le procédé de la photocopie (cf. MOUGENOT, *o.c.*, p. 185).

Par ailleurs il n'est pas certain que l'enveloppe ouverte produite par les appelants formait un ensemble avec la photocopie; elle n'a pas été rédigée par Monsieur J.-M.M. (mais par son père N.M.) et ne permet pas d'écarter le risque de falsification.

La demande de vérification d'écriture ne peut être accueillie, à défaut d'être utile à la solution du litige, puisqu'il vient d'être relevé que la signature pourrait être authentique sans qu'il soit démontré pour autant qu'elle fut bien apposée par J.-M.M. au bas du texte litigieux.

La photocopie n'ayant pas la valeur d'un commencement de preuve par écrit, il est sans intérêt d'examiner si elle est complétée à suffisance par les présomptions qu'invoquent les appelants et si la déclaration écrite de madame J. annexée à l'acte notarié du 19 octobre 2001 pourrait valoir à titre de témoignage (alors qu'elle était partie au litige).

Par ailleurs les appelants invoqueraient en vain l'impossibilité morale de se procurer un écrit au sens de l'article 1348, alinéa 1 du Code civil (qui vise une impossibilité matérielle pour le créancier de constituer un écrit en raison des usages) puisqu'ils prétendent précisément qu'un écrit a été rédigé entre leurs parents et leur frère.

En ce qui concerne l'impossibilité prétendue de produire l'original du titre qu'ils invoquent, force est de constater avec le premier juge, qu'ils ne prouvent pas que les deux originaux que chacun de leur parent devait normalement posséder ont été perdus par cas fortuit ou force majeure au sens de l'article 1348, alinéa 2, 4° du Code civil.

Il s'impose dès lors de confirmer le jugement déféré.

La demande reconventionnelle de l'intimée est recevable; toutefois, la cour n'aperçoit pas de quel abus de droit les appelants se seraient rendus coupables en interjetant appel.

La loi n'exige pas que pour exercer cette voie de recours, les appelants doivent nécessairement disposer d'un élément nouveau. Cette demande n'est dès lors pas fondée.

(...)

Du 27 février 2007 – Cour d'appel de Mons – 7^{ème} chambre

R.G.: 2004/RG/284

Siég.: Lefebvre (président)

Plaid.: Mes Dermagne et Marghem

Le statut probatoire de la photocopie: nuageux avec éclaircies

Dominique MOUGENOT

Juge au tribunal de commerce de Mons

Maître de conférences aux F.U.N.D.P. Namur

1. Les éléments de l'arrêt annoté

1 Les faits qui ont donné lieu à l'arrêt annoté sont assez simples. Dans le cadre d'une dévolution de succession, trois des héritiers prétendent que le défunt a effectué un don manuel au bénéfice d'un autre héritier. À titre de preuve, ils produisent la photocopie d'une convention de donation et l'enveloppe qui l'accompagne. L'intimée conteste la valeur probante de ce document.

La cour reprend l'opinion traditionnelle de la doctrine selon laquelle la photocopie constitue à tout le moins une présomption. Elle s'interroge ensuite sur la possibilité de considérer la photocopie comme un commencement de preuve par écrit. Après avoir cité les éléments constitutifs du commencement de preuve par écrit et relevé que la photocopie est un écrit, la cour constate toutefois que le risque de falsification d'une photocopie est élevé et qu'il n'est pas possible d'attribuer avec certitude la paternité du document au *decujus*. Elle rejette donc la qualification de commencement de preuve par écrit, tout en précisant bien que sa décision est fondée sur les éléments de fait du cas d'espèce. Il ne s'agit donc pas d'un rejet de principe.

Cet arrêt est intéressant car il permet d'aborder une question rarement traitée en jurisprudence: la photocopie est-elle autre chose qu'une présomption? Plus précisément, peut-on, dans certains cas, la considérer comme un commencement de preuve par écrit? Cela permettrait de faire sauter le verrou de l'article 1341 C. civ. et d'autoriser la preuve par toutes voies de droit, même en matière civile.

2. Le régime général de la copie et le statut de la photocopie

2 Le Code civil consacre quelques dispositions au statut des copies. On entend par copie la transcription littérale faite d'après original¹. Les articles 1334 et suivants règlent le problème de sa force probante. L'article 1334 énonce que la copie ne fait foi que de ce qui est contenu au titre, dont la présentation peut toujours être exigée. La question de savoir si cette disposition s'applique uniquement aux copies d'actes

1. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^e éd., n° 832.

authentiques ou également aux copies d'actes sous seing privé est controversée². En réalité ce débat n'a pas beaucoup d'intérêt pratique³: en effet, qu'elle soit ou non régie par l'article 1334, la copie est en soi dépourvue de force probante et la partie contre laquelle on l'oppose peut toujours réclamer la production de l'original. Cela ne veut pas dire pour autant que les copies soient dépourvues de toute utilité: elles pourront être produites, même en justice, tant que la conformité à l'original n'est pas contestée⁴.

3 La photocopie est un procédé optique de reproduction de document. Il s'agit de la reproduction photographique d'un document original dactylographié ou manuscrit⁵. D'usage très répandu, même en justice, elle représente la quintessence de la copie, puisqu'elle reproduit fidèlement toutes les imperfections de l'original, ainsi que la signature. De ce fait, l'analyse graphologique d'une photocopie de signature est malaisée mais possible⁶. En cela, elle offre beaucoup plus de garanties que la copie manuscrite, puisqu'elle supprime tout risque d'altération involontaire de l'original. En revanche, mais en cela elle ne se distingue pas de la copie au sens du Code civil, elle est susceptible d'altération volontaire, parfois difficilement décelable, sauf au prix de coûteuses expertises⁷. La photocopie n'offre donc jamais aucune garantie de conformité, si ce n'est lorsqu'elle est réalisée par un opérateur dont la probité ne peut être mise en doute. Comme le dit un auteur français, la photocopie est, comme l'avion, un véhicule très sûr mais dont les accidents ne pardonnent guère⁸.

La copie est la reproduction de l'original mais elle se distingue de celui-ci par le fait qu'elle ne porte pas de signature originale⁹. En cela, on peut effectivement affirmer que la photocopie n'est pas un acte sous seing privé mais constitue bien une copie¹⁰. Cela signifie que la personne à qui on oppose la copie peut toujours exiger la production de l'original. Si

celui-ci existe, il n'y a pas de problème. Si, en revanche, l'original est perdu ou n'est pas en possession de celui qui invoque la copie, celle-ci ne lui sera pas d'un grand secours dès lors qu'elle est dépourvue de force probante¹¹. Tout au plus, cette photocopie pourrait-elle servir comme présomption, si ce mode de preuve est admis dans le cas d'espèce¹². Sa valeur probante sera fonction de la fidélité apparente de la photocopie. Ce constat peut apparaître insatisfaisant, compte tenu de l'usage très répandu de la photocopie dans notre droit et la qualité de la reproduction qu'elle offre. D'où la question suivante: peut-on améliorer le statut de la photocopie en la faisant accéder au rang de commencement de preuve par écrit?

3. Définition du commencement de preuve par écrit

4 L'article 1347 du Code civil précise que la règle énoncée à l'article 1341 reçoit exception lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit. Celui-ci est défini comme tout acte écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Dès lors que l'on se trouve en présence d'un tel document, la preuve par témoignages et présomptions est admise. Il ne s'agit donc que d'une preuve incomplète, un "adminicule" de preuve, qui doit être complété par d'autres éléments¹³. Cela limite fortement la portée de cette exception au régime de la preuve littérale. Si le document candidat au statut de commencement de preuve par écrit est isolé et ne peut être complété par d'autres éléments de preuve, il reste inefficace.

5 Deux caractéristiques de la définition retiendront notre attention dans le cadre du présent examen:

- il faut un écrit. Contrairement à l'acte sous seing privé, il n'est plus nécessaire qu'il soit signé¹⁴, mais il faut néanmoins que le document réponde à la définition de l'écrit;
- émanant de celui à qui on l'oppose. Il n'est pas requis qu'il soit de la main de celui contre qui on veut prouver, il suffit qu'il l'ait approuvé d'une façon quelconque. Si l'écrit est l'œuvre d'un tiers, il faut que la partie à laquelle on l'oppose l'ait ratifié ou approuvé d'une façon certaine¹⁵.

6 La question se pose dès lors de savoir si la photocopie ne peut être assimilée à un commencement de preuve par écrit. Cette solution a été admise par certaines juridictions¹⁶. La jurisprudence récente de la Cour de cassation

2. Pour l'application aux actes sous seing privé: M. FONTAINE, "La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles", in *La preuve*, UCL, 1987, p. 17; X. MALENGREAU, "Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de réduction, de reproduction et de conservation des documents", *Ann. dr. Louvain* 1981, p. 111; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 418. Contre: G.L. BALLON, *Het bewijs en de moderne technieken*, Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten, Antwerpen, 1989, p. 45; DE PAGE, *o.c.*, t. III, n° 833; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002, n° 188.

3. L. CORNELIS et L. SIMONT, "Bewijsrecht en technologische evolutie – enkele overwegingen", in *Recht en technologie*, Anvers, Kluwer, 1987, p. 153, n° 3.

4. G.L. BALLON, *o.c.*, p. 46; M. FONTAINE, *o.c.*, p. 17.

5. M. ANTOINE, M. ELOY et J.F. BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Cahiers du C.R.I.D., n° 7, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, p. 96.

6. *Ibid.*

7. D. DE WINTER, "De bewijskracht van fotokopieën in het burgerlijk recht", *Jura Falc.* 1967-68, p. 12; Y. LOBIN, note sous Montpellier, 30 janvier 1963, *Dalloz* 1963, *Jur.*, p. 669; D. et R. MOUGENOT, *o.c.*, n° 192; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, n° 428.

8. P. JESTAZ, "Commentaire de la loi du 12 juillet 1980", *Rev. trim. dr. civ.* 1980, p. 821. Dans le même sens: Y. CHARTRIER, "Note", *J.C.P. (éd. gén.)* 1995, II, p. 113; S. PIEDIEUVRE, "Note", *Dall.* 1995, *Jur.*, p. 341.

9. DE PAGE, t. III, 3^e éd., n° 832; G. GOUBEUX et P. BIHR, *Rép. Droit civil Dalloz*, v° *preuve*, n° 1028; D. et R. MOUGENOT, *o.c.*, n° 187.

10. Civ. Malines, 20 décembre 1994, *Pas.* 1994, III, 52.

11. D. et R. MOUGENOT, *o.c.*, n° 189.

12. Cass., 8 mai 1980, *Pas.* 1980, I, 1111, *J.T.* 1980, 577, *R.W.* 1981-82, col. 252; Liège, 16 mai 1997, *J.L.M.B.* 1998, 417, *Rev. prat. soc.* 1998, 107.

13. D. et R. MOUGENOT, *o.c.*, n° 61; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, n° 360. DE PAGE, t. III, 3^e éd., n° 892; G. GOUBEUX et P. BIHR, *o.c.*, n° 1076; D. et R. MOUGENOT, *o.c.*, n° 62; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, n° 355; Cass., 10 février 1967, *Pas.* 1967, I, 714.

14. Cass., 10 janvier 1939, *Pas.* 1939, I, 37; Cass., 6 juin 1975, *Pas.* 1975, I, 960; Cass., 12 février 1987, *Pas.* 1987, I, 709.

15. Liège, 3 mars 1998, *R.R.D.* 1998, 283.

française a opéré une percée remarquable en cette matière. Un arrêt du 14 février 1995 paraît avoir définitivement admis la qualification de commencement de preuve par écrit, pour autant qu'il soit établi que la photocopie émane bien de celui contre qui la demande est formée¹⁷.

Deux difficultés apparaissent dans les commentaires doctrinaux consacrés à cette question. D'une part, on peut se demander de qui émane la photocopie: de l'auteur de l'original ou de celui qui produit le document? D'autre part, certains auteurs considèrent que la photocopie constitue une copie d'écrit mais n'est pas un écrit¹⁸.

4. La photocopie est-elle un écrit?

a) Définition de l'écrit

7 Comme je l'ai indiqué, plusieurs auteurs considèrent que la copie n'est pas un écrit. Cette affirmation peut surprendre mais on peut se demander si, en affirmant cela, ces auteurs n'entendent pas le mot "écrit" dans le sens d'"acte". En effet, le Code civil lui-même utilise le terme "preuve littérale" dans deux sens différents¹⁹. Dans le titre de la section première du chapitre VI (les art. 1317 et s.), la preuve littérale fait référence à l'écrit au sens large, puisqu'elle englobe aussi bien les actes authentiques, les actes sous seing privé, les copies (et, accessoirement, les tailles et les actes reconnaissifs et confirmatifs). Il s'agit de tous les documents rédigés par écrit. En revanche, à l'article 1348, le texte vise les hypothèses où le créancier n'a pu se procurer une preuve littérale de l'obligation. Dans cette disposition, le terme "preuve littérale" fait en réalité référence à l'acte (authentique ou sous seing privé), en d'autres termes, à l'écrit parfait. Il est unanimement admis que la copie ne se confond pas avec l'acte, à défaut de signature originale. Mais de là à lui refuser purement et simplement la qualité d'écrit, n'est-ce pas aller trop loin? Pour résoudre le problème, il convient de se pencher sur la définition et les éléments essentiels de l'écrit.

8 Il n'y a, en droit belge, aucune définition légale de l'écrit, ni dans le Code civil ni dans d'autres lois²⁰. Dans la 2^e édition du *Répertoire notarial*, R. MOUGENOT reprenait la notion classique: "*l'écrit est la représentation lisible du langage ou de la pensée au moyen de graphismes*"²¹.

Cette définition fait clairement référence à l'écrit au sens courant du terme: apposé sur un support papier²² ou tout autre support permettant l'apposition de caractère alphabétiques manuscrits ou imprimés (bois, carton, métal, pierre,...)²³. On ne voit pas ce qui empêcherait de considérer une copie d'acte comme un écrit, au vu de cette définition: elle constitue bien la représentation du langage au moyen de graphismes. La définition ne fait aucune référence quant au stade de création de l'écrit: il peut s'agir du document original ou d'une reproduction ultérieure.

9 Actuellement, la doctrine tend à admettre une acception plus moderne de l'écrit. Cette opinion est apparue à peu près à la même époque en Belgique et en France, sous la plume des professeurs FONTAINE et LARRIEU²⁴. Ces auteurs proposent une définition extensive de l'écrit: "*l'expression de la parole ou de la pensée par des signes*"²⁵ ou encore "*l'expression du langage sous la forme de signes apposés sur un support*"^{26,27}. On constate d'emblée les différences avec la définition classique donnée ci-dessus: on a évacué la référence expresse à la lisibilité et les graphismes ont été remplacés par des signes, concept beaucoup plus vague. *A fortiori*, toutes les formes de copies sont susceptibles d'être englobées dans ce concept. Cette définition de l'écrit ne paraît actuellement plus contestée, compte tenu de l'introduction de la signature électronique dans notre droit par les lois des 20 octobre 2000 et 9 juillet 2001. Même si ces lois ne définissent toujours pas l'écrit, la reconnaissance de la validité d'une signature électronique emporte *ipso facto* celle de l'écrit électronique. Or l'écrit électronique ne répond pas à la définition traditionnelle indiquée ci-dessus: il ne correspond pas à une représentation lisible du langage sous forme de gra-

17. Cass. fr., 14 février 1995, *J.C.P. (éd. gén.)* 1995, II, 22402, note CHARTIER, *Dall.* 1995, 340, note PIEDELIEVRE.

18. C'est le cas de R. MOUGENOT, dans la 2^e édition du traité sur la preuve paru au *Répertoire notarial (La preuve)*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd.; J. HUET, "La valeur juridique de la télécopie (ou fax) comparée au télex", *Dall.* 1992, *chron.*, p. 34, n° 3 (au sujet de la télécopie mais le raisonnement est le même).

19. F. GONTHIER, "Réflexion sur la notion d'écrit", *J.C.P. (éd. not.)* 1999, pp. 1781 s., n° 2.

20. Ce n'est d'ailleurs pas le propre de la Belgique. Avant la transposition de la directive sur la signature électronique, l'écrit n'était défini dans aucun droit européen, mis à part le Code de procédure civile allemand. Voy.: I. DE LAMBERTERIE, "Preuve et signature: les innovations du droit français", *Cahiers Lamy Dr. Inf.* 2000, K, p. 9.

21. R. MOUGENOT, *o.c.*, n° 79.

22. Voy.: Mons, 21 octobre 1998, *J.L.M.B.* 1999, 454, *J.T.* 1999, 136: une notification de cession de créance doit être réalisée de manière formelle et expresse, donc par écrit, c'est-à-dire sur support papier. "La notification par support papier peut être effectuée par exploit d'huissier, par lettre recommandée, par télex, par téléfax ou tout autre mode de communication électronique qui peut produire un support papier." Cette décision est révélatrice de la conception classique de l'écrit parce qu'elle valide l'usage de l'informatique pour autant que le document soit produit sur papier.

23. Un auteur est plus restrictif: selon lui, l'écrit ne peut être que manuscrit ou portant la signature de son auteur (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, n° 180). Cette opinion exclut les documents dactylographiés non signés. Elle est isolée en doctrine.

24. J. LARRIEU, "Les nouveaux moyens de preuve: pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé?", *Cah. Lamy Dr. Inf.* 1988, H, n° 5 et s.; M. FONTAINE, "La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles", in *La preuve*, UCL, 1987, pp. 5 et s.

25. J. LARRIEU, *o.c.*, n° 12.

26. M. FONTAINE, *o.c.*, p. 5.

27. Voy. aussi la définition proposée par W. VAN GERVEN (*Verbintenissenrecht*, Acco, 1988, p. 270): "een geschrift is de uitdrukking van een taal die door middel van verstaanbare of vertaalbare tekens gefixeerd wordt op een steun met relatieve duurzaamheid." et celle de Y. POULLET ("Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve", in *Le droit des affaires en évolution. Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 53): "l'écrit constitue un support stable et fiable sur lequel figurent des signes lisibles formant un langage."

phismes. En revanche, il est compatible avec les définitions modernes proposées par MM. FONTAINE et LARRIEU. Ces définitions sont donc les seules à rendre compte de toutes les facettes du concept d'écrit.

b) Approche fonctionnelle

10 La définition de l'écrit est également fortement marquée par la doctrine fonctionnaliste. Dans ce courant de pensée, le juriste ne cherche pas à définir le concept (qu'est-ce qu'un écrit?) mais s'attache plutôt à identifier les fonctions de l'écrit (à quoi sert-il?). Sera considéré comme écrit tout document qui remplit ces fonctions. C'est ce qu'on appelle la théorie des équivalents fonctionnels.

11 Dans cette approche, il importe donc de définir les fonctions essentielles de l'écrit traditionnel pour déterminer quel document peut rentrer dans la catégorie des écrits. Selon l'exposé des motifs de la loi belge du 20 octobre 2000, relative à la signature électronique, ces fonctions sont au nombre de trois²⁸:

- lisibilité: les informations contenues doivent pouvoir être accessibles à la compréhension humaine grâce à un procédé approprié; selon les auteurs de l'exposé des motifs, cette lisibilité peut être directe ou médiate (en utilisant le dispositif de lecture adéquat);
- stabilité: le contenu de l'écrit doit être fixé définitivement au moment de sa rédaction et doit pouvoir être conservé pour une consultation ultérieure;
- inaltérabilité: le document ne peut être modifié, volontairement ou involontairement, par les parties ou par des tiers.

Une constatation s'impose à l'énoncé des fonctions de l'écrit telles que décrites ci-dessus: l'écrit papier les remplit naturellement. Il est directement lisible et intelligible (pour autant que le langage utilisé soit compréhensible par le lecteur). Il est stable et se dégrade peu, même si on peut le détruire (encore que le papier thermique des copies créées par un télécopieur ne soit pas très résistant à long terme). Le support papier rend, en partie du moins, les modifications de l'original visibles ou décelables. Toute-

fois, en ce qui concerne la photocopie, le problème ne provient pas tant de l'altération de l'original que de la manipulation au cours même du processus de copie, qui fait que la reproduction n'est pas fidèle à l'original. Si on admet que l'inaltérabilité est une fonction fondamentale de l'écrit, la photocopie (ou la copie en général) ne peut être considérée comme un écrit.

12 On peut cependant s'interroger sur la pertinence des fonctions de l'écrit énoncées plus haut. La lisibilité n'est pas en cause, car on envisagerait difficilement de qualifier d'écrit un document illisible ou inintelligible, même moyennant utilisation d'un appareil ou d'un logiciel. Quant à la durabilité, si on ne peut pas exiger de tout écrit qu'il subsiste durant des dizaines d'années, il faut à tout le moins qu'il reste lisible durant un délai suffisant pour qu'il remplisse ses fonctions.

En revanche, la fonction d'inaltérabilité, qui est la plus exigeante des trois, est davantage sujette à caution. Dans notre droit aussi bien qu'en droit français, le document rédigé au crayon est, de l'opinion unanime des auteurs et de la jurisprudence, considéré comme un écrit²⁹. Or, le document tracé au crayon est susceptible d'être modifié aisément sans que cela ne laisse de trace. Il en résulte que l'impossibilité de modifier le message relève davantage de l'efficacité probatoire de l'écrit que de son essence³⁰.

Il est par ailleurs révélateur que la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information ne requiert comme conditions de l'écrit que l'intelligibilité et l'accessibilité ultérieure des données (art. 16, § 2)³¹. Cette disposition concerne les conditions de validité des contrats conclus par voie électronique et ne relève pas du droit de la preuve (elle vise les hypothèses où l'écrit est requis à titre de formalité). Elle fournit néan-

28. *Doc. parl.* Chambre, 50-38/006, sess. ord. 99/00, p. 6. Voy. aussi, dans le même sens: E. DAVIO, "Preuve et certification sur Internet", *R.D.C.* 1997, p. 663; J. LARRIEU, *o.c.*, n°s 17 et 18; E. MONTERO, "Internet et le droit des obligations conventionnelles", in *Internet sous le regard du droit*, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, pp. 31 et s., n° 15; Y. POULLET, *o.c.*, "Les transactions commerciales ...", p. 54; Y. POULLET et M. ANTOINE, "Vers la confiance ou comment assurer le développement du commerce électronique", in *Authenticité et informatique*, Bruxelles, Bruylant Kluwer, 2000, pp. 345 et s., n° 14. Les travaux préparatoires de la loi type de la C.N.U.D.C.I. relèvent pas moins de 11 fonctions de l'écrit mais plusieurs d'entre elles se recoupent. Voir le *guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi-type de la C.N.U.D.C.I.* sur le commerce électronique, n° 48, disponible à l'adresse Internet mentionnée *infra* note 29.

29. En droit belge, voy.: H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^e éd., n° 777; R. DEKKERS, *Précis*, t. II, n° 656; D. et R. MOUGENOT, *o.c.*, n° 100. En droit français, voy.: Cass. fr., 8 octobre 1996, cité par MESTRE, *Rev. trim. dr. civ.* 1997, p. 137; Aix, 27 janvier 1846, *D.P.* 1846-2-230. *Adde*: A. PRÜM, "L'acte sous seing privé électronique: réflexions sur une démarche de reconnaissance", in *Mélanges Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 267. Dans les travaux préparatoires de la loi-type adoptée en 1996 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.), les auteurs insistent également sur le fait que l'inaltérabilité ne constitue pas en soi une fonction de l'écrit et que "un document entaché de fraude serait néanmoins considéré comme un écrit". *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi-type*, <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>, n° 49.

30. Cela ne veut pas dire que cette exigence d'inaltérabilité du document doive être évacuée. Selon moi, elle caractérise l'acte sous seing privé, plutôt que l'écrit au sens large. Pour plus d'éléments sur cette discussion, voy.: D. GOBERT et E. MONTERO, "L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique", *J.T.* 2001, pp. 124 et s.; D. MOUGENOT, "Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil?", *Ubiquité* décembre 2000, pp. 121 et s.

31. Voy.: E. MONTERO et M. DEMOULIN, "Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique", in *Commerce électronique, de la théorie à la pratique*, Cahiers du C.R.I.D., n° 23, Bruxelles, Bruylant, p. 175.

moins des indications intéressantes sur les fonctions de l'écrit, telles que le législateur les envisage actuellement³².

13 Résumons-nous. La photocopie correspond indubitablement à la définition traditionnelle de l'écrit. Elle correspond également à la définition moderne de l'écrit, telle que proposée par les professeurs FONTAINE et LARRIEU. Enfin, elle correspond également à la définition fonctionnelle de l'écrit, dès lors que l'inaltérabilité n'est pas de l'essence de l'écrit. Il ne serait donc pas correct d'affirmer qu'une copie n'est pas un écrit du seul fait que son contenu a pu être manipulé et ne correspond plus à l'original. Dès lors, rien n'empêche d'admettre qu'une photocopie puisse être considérée comme un écrit. C'est la conclusion à laquelle la cour d'appel aboutit à juste titre dans l'arrêt annoté.

5. De qui émane la photocopie?

14 On peut raisonnablement admettre que la photocopie émane de l'auteur de l'original³³. Rappelons également qu'un tiers peut parfaitement s'approprier le contenu d'un écrit, qui pourra alors être retenu comme commencement de preuve par écrit contre lui. Dès lors que cette ratification apparaît certaine, il n'est alors pas nécessaire de se préoccuper de l'identité réelle de l'auteur du document.

C'est cependant à ce niveau que le risque de falsification du contenu du document revêt une importance déterminante. En effet, ce n'est pas uniquement l'écrit dans sa globalité qui doit être attribué à une personne déterminée, c'est aussi la totalité du texte, jusqu'à sa moindre virgule. Si le texte a été modifié en cours de copie, il n'émane plus de son auteur. La photocopie dont la fidélité est réellement douteuse ne peut donc être considérée comme un commencement de preuve par écrit, parce que le lien entre ce document et la personne contre laquelle on l'invoque n'est plus établi à suffisance.

Dans le cas présent, la cour a relevé les incertitudes existant quant à l'origine de la photocopie et exprimé des doutes quant à l'absence de falsification de l'original. Elle en a donc tiré la conclusion que, si une photocopie peut *in abstracto* être considérée comme un commencement de preuve par

écrit, les conditions requises n'étaient pas remplies *in concreto*. Il a été dit plus haut qu'il est très facile de réaliser un montage, de manière peu décelable, lors de la reproduction d'un document par photocopie. Dès lors, chaque fois que la valeur probante de la photocopie fait l'objet d'une contestation, il sera rarement possible de la considérer comme un commencement de preuve par écrit, sauf si le contexte permet d'écarter tout danger de falsification.

6. La photocopie, commencement de preuve par écrit: une mauvaise idée?

15 Admettre la qualification de commencement de preuve par écrit va-t-il à l'encontre de l'absence de force probante de la copie, reconnue ci-dessus? Je ne le pense pas. En effet, le commencement de preuve par écrit à lui seul est également dépourvu de force probante: il doit être complété par d'autres éléments de preuve pour être retenu par le juge, au même titre que la preuve littérale. Sans ce complément, il ne permettra pas de pallier l'absence d'écrit signé.

Les esprits prudents s'inquiéteront peut-être de voir la photocopie promue au rang de commencement de preuve par écrit, du fait précisément des incertitudes entourant la fidélité de la copie. Cela ne me paraît pas un motif déterminant. D'une part, s'il existe une véritable incertitude quant à l'origine du document ou la fidélité de la copie, celle-ci ne pourra être considérée comme un commencement de preuve par écrit, à défaut d'imputation à la personne contre qui on veut prouver. D'autre part, il ne faut pas perdre de vue le caractère imparfait du commencement de preuve par écrit. Comme celui-ci doit nécessairement être complété pour faire preuve, le juge pourra éventuellement trouver dans ces éléments de preuve complémentaires la confirmation de la fidélité de la photocopie par rapport à l'original. Rappelons à cet égard que le commencement de preuve par écrit, même accompagné d'autres procédés de preuve (témoignages, présomptions), n'a jamais une force probante aussi importante que la preuve littérale. En effet, autant l'acte sous seing privé s'impose d'emblée au juge, autant les témoignages et les présomptions qui complètent le commencement de preuve par écrit sont toujours soumis, par principe, au pouvoir d'appréciation du tribunal³⁴.

7. Si l'original est perdu par cas fortuit?

16 L'article 1348, 4° C. civ. autorise la preuve par toutes voies de droit lorsque l'original est perdu par cas fortuit ou force majeure. La Cour de cassation a ainsi admis, dans cette hypothèse, la preuve d'un acte juridique par production d'une photocopie³⁵. La personne qui invoque la copie doit alors rapporter la double preuve qu'un original sous seing privé a bien existé et qu'il a été perdu sans sa faute³⁶.

32. Cela pose évidemment la question de savoir si deux définitions différentes de l'écrit sont envisageables dans le droit civil: une définition propre au droit de la preuve et une autre relative aux écrits requis *ad validitatem* ou aux notifications (art. 2281 nouveau C. civ.). Je n'aperçois pas l'opportunité d'un tel dédoublement, dès lors que l'écrit me paraît remplir les mêmes fonctions dans le domaine de la preuve et dans les autres domaines du droit civil, à savoir la lisibilité et la durabilité. Voy.: L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, "Quelles procédures pour le commerce électronique?", in *Le commerce électronique: un nouveau mode de contracter?*, Liège, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 2001, pp. 301 et s., n° 37. Pour une opinion différente à ce sujet, voy.: M.-E. STORME, "Het verrichten van rechtshandelingen door middel van nieuwe telecommunicatiemiddelen – de nieuwe wetsbepalingen ingekaderd in de algemene leer van de kennisgeving", *R.W.* 2001-02, pp. 433 et s., n° 28 et s. En droit français, il semble que la Cour de cassation se montre plus exigeante lorsque l'écrit est requis à titre de condition de forme que lorsqu'il sert de simple instrument de preuve (L. GRYNBAUM, "La qualité de preuve écrite d'une télécopie", *J.C.P. (éd. gén.)* 1998, II, p. 1106, n° 1).

33. D. et R. MOUGENOT, *o.c.*, n° 192.

34. D. et R. MOUGENOT, *o.c.*, n° 6.

35. Cass., 8 mai 1980, *Pas.* 1980, I, 1111.

36. DE PAGE, *o.c.*, n° 918; J. LIMPENS et R. KRUTHOF, "Les obligations. Examen de jurisprudence (1964-1967)" *R.C.J.B.* 1969, p. 295, n° 126; D. et R. MOUGENOT, *o.c.*, n° 76; N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, n° 384.

Cette preuve est plus facilement rapportée lorsque la perte de l'original est due au fait d'un tiers³⁷. Elle peut également résulter de l'absence de contestation de la perte par cas fortuit par la partie adverse³⁸. Dans tous les autres cas dans lesquels l'original ne peut être produit, cette disposition est inapplicable. C'est ce que la cour a rappelé à bon droit dans l'arrêt annoté.

8. *Le mot de la fin*

17 Fondamentalement, c'est tout le statut de la copie qui doit être revu et la discussion évoquée ci-dessus n'est qu'un aspect de la question³⁹. La réglementation de la copie qui figure dans le Code civil n'est plus satisfaisante, notamment en raison des progrès de la technologie. La copie est actuellement techniquement parfaite et pourrait acquérir une véritable force probante, pour autant que les incertitudes résultant du risque de falsification soient levées. Ce risque disparaît si la personne qui réalise et conserve la copie est *a priori* peu susceptible de malhonnêteté. Ce serait le cas pour les entreprises spécialisées dans l'archivage. Le S.P.F. Économie travaille à l'élaboration d'un statut pour les entreprises couramment dénommées "tiers de confiance" (*trusted third parties*). Le volet "archivage" de ce projet devrait aborder la question de la force probante de la copie. Une éclaircie en vue pour le statut probatoire de la copie?

37. G. GOUBEAUX et P. BIHR, *o.c.*, n° 402.

38. Cass., 1^{er} mars 1956, *Pas.* 1956, I, 680.

39. Voy. à ce sujet: P. VAN OMMESELAGHE, "Les grandes tendances de l'évolution du droit des obligations conventionnelles lors des trente-cinq dernières années", *T.P.R.* 2001, p. 372, n° 18.